



Roj: **STS 5205/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:5205**

Id Cendoj: **28079120012014100836**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/12/2014**

Nº de Recurso: **1295/2014**

Nº de Resolución: **848/2014**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2478/2014,**
STS 5205/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Diciembre de dos mil catorce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal Sección Cuarta, de fecha 5 de junio de 2014 . Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrente, el acusado Gabriel , representado por el procurador Sr. Cuevas Rivas. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado Central de Instrucción número 4 instruyó sumario 6/13, por delito de daños de terrorismo contra Gabriel y otro, y lo remitió a la Audiencia Nacional, cuya Sección Cuarta de la Sala de lo Penal, dictó en el Rollo de Sala 11/13 sentencia en fecha 5 de junio de 2014 con los siguientes hechos probados:

"PRIMERO.- Los procesados Gabriel y Leandro , mayores de edad, sin antecedentes penales computables en esta causa, formando ambos parte de la organización terrorista ETA, a mediados del mes de junio de 2003 planificaron la colocación de un artefacto explosivo en la subestación eléctrica "Electra Larrañaga", que gestionaba la empresa Iberdrola, ubicada en la calle Olaburu s/n de la localidad vizcaína de Iurreta, y ello a fin de constatar si tal artefacto deflagraba, causando los daños esperados, pues otros que colocaron con anterioridad en diferentes lugares habían sido desactivados, tratando de averiguar si tal circunstancia fue motivada por algún defecto atribuible a ellos.

En ejecución del plan ideado en la madrugada del 19 de junio de 2003, sobre las 3,00 de sus horas Gabriel , y Leandro , actuando de común acuerdo y en compañía de una tercera persona a la que no se juzga, se dirigieron a bordo del vehículo perteneciente al primero y conducido por éste a la mencionada subestación eléctrica, donde se apearon Leandro y el tercero, procediendo a colocar el artefacto explosivo junto a la pared externa de la caseta de instrumentos de la subestación, mientras que Gabriel se dirigía al lugar de encuentro acordado para recogerlos.

En esta ocasión el artefacto, surtiendo los efectos queridos, explotó a las 4,00 horas, causando daños en el exterior de la edificación y en los equipos de control de la subestación pericialmente valorados en la suma de 10.705,79 euros, y por la entidad perjudicada en 13.669,53? y dejando sin suministro eléctrico diversas zonas de la localidad de Iurreta y Durango durante varias horas.

El repetido artefacto tenía una iniciación eléctrica -pilas alcalinas marca Energizer de 9 vatios- temporizada mediante reloj despertador Casio PQ 10, y al menos un detonador industrial eléctrico, siendo el explosivo utilizado alrededor de 5 kg. de cloratita, con una carga de multiplicación de dinamita goma depositada en una olla de acero, en el interior de una bolsa de color negro.



SEGUNDO.- El día 5 de septiembre de 2003 se llevó a cabo un operativo antiterrorista contra la organización ETA por parte de la Unidad de Información y Análisis de la Policía Autónoma Vasca, desmantelándose en su transcurso parte de la infraestructura del comando "Vizcaya", constituida por:

- El piso ubicado en la CALLE000 nº NUM000 - NUM001 de Amorebieta (Vizcaya).

- Lonja-garaje sita en la CALLE001 NUM000 , con entrada por la CALLE002 NUM001 de Galdacano (Vizcaya).

Ambos inmuebles habían sido alquilados por Gabriel .

El primero de ellos para destinarlo a albergar a individuos de la organización terrorista ETA, y el segundo para depositar en él armas y explosivos que poseía dicha organización.

A la lonja-garaje referida tenía plena accesibilidad Leandro , y completa disponibilidad sobre el armamento y los materiales explosivos allí depositados; de donde los dos referidos extrajeron el artefacto utilizado en la acción descrita en el anterior apartado.

En la diligencia de entrada y registro llevada a cabo en la lonja referida el 5 de septiembre de 2003, autorizada por el Juzgado Central de Instrucción nº3 en el marco de las diligencias previas 292/2003, posterior Sumario 27/2003, se ocupó una hoja con anotaciones manuscritas, que indicaba la cantidad de explosivos usados en atentados diversos, y entre ellos, la relativa al artefacto colocado en la subestación eléctrica de Iurreta, nota confeccionada por Leandro del siguiente tenor: IURRETA -5(K) 400 gr. (D).

También se incautaron armas diversas y sustancias explosivas, como 77 Kg. de cloratita y 391 cartuchos de dinamita.

TERCERO.- El procesado Gabriel fue condenado en Sentencia nº97/2006, de fecha 27 de diciembre de 2006, dictada en el Rollo de sala nº 50/2003 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional , dimanante del Sumario nº27/2003 del Juzgado Central de Instrucción nº3, a la pena de nueve (9) años de prisión por la comisión de un delito de integración en organización terrorista, y a la pena de ocho (8) años de prisión por la comisión de un delito de depósito de armas y explosivos con finalidad terrorista. Dicha Sentencia adquirió firmeza el 19 de abril de 2007, al declararse desierto el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Gabriel .

-El procesado Leandro fue condenado por el Tribunal de lo Penal de París en sentencia nº8/0052, de 1 de julio de 2009 por delito de asociación de malhechores por hechos comprendidos desde otoño de 2002 hasta febrero de 2004.

Asimismo, resultó condenado por Sentencia firme dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 11 de marzo de 2011, recaída en el Rollo de Sala nº50/2013 dimanante del Sumario nº27/2003 del Juzgado Central de Instrucción nº3, a la pena de nueve (9) años de prisión por la comisión de un delito de depósito de armas y explosivos con finalidad terrorista".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a los acusados Gabriel y Leandro , como autores responsables de un delito de daños terroristas , previsto y penado en los artículos 263 , 266 1 y 3, en relación con el artículo 560.3 y artículos 574 y 579.2, todo ellos del Código Penal , con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, como muy cualificada, del artículo 21.6 ° y 66.1.2° del mismo cuerpo legal , a la pena de dos (2) años y un (1) día de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años.

Los dos referidos deberán indemnizar a Iberdrola en la suma de 13.669,530 y harán efectivas las costas procesales por mitad.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación, por infracción de ley o quebrantamiento de forma, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser anunciado en el plazo de cinco días, a contar desde la última notificación".

3.- La Audiencia Nacional, sala de lo Penal, Sección Cuarta dictó auto de fecha 11 de junio de 2014 , en el que consta los siguientes Hechos Probados:

"Único.- Notificada la sentencia de fecha 5 de junio de 2014 al Ministerio fiscal, por el mismo se presentó escrito solicitando la aclaración y corrección de la sentencia por haberse detectado error material que se pondrá en los fundamentos jurídicos."

4.- La Sección Cuarta de la Audiencia Nacional en el referido auto dictó la siguiente parte dispositiva:

"Subsanar el error padecido en el fundamento jurídico quinto en el sentido de establecer:



"El artículo 266.3 en relación con el artículo 560.3 (acusación de daños previstos en el artículo 263 mediante incendio o provocando explosiones en conducciones o transmisiones de agua, gas o electricidad para las poblaciones), establece el quantum punitivo de entre 4 y 8 años de prisión.

El artículo 574 determina que cuando estos actos sean perpetrados por personas pertenecientes a organizaciones o grupos terroristas, o colaborando con ellas, tales actos serán sancionados con la pena señalada para el delito o falta ejecutados en su mitas (sic) superior, es decir de 6 años y 1 día a 8 años.

La aplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, del artículo 21.6º en relación el artículo 66.1.2º, obliga a rebajar la pena en uno o dos grados, quedándose reducida a la de prisión de 3 años y 1 día a 6 años o de 1 año a 3 años y medio.

Atendiendo a las circunstancias y gravedad de los hechos, parece adecuada la disminución de la pena de un grado."

De igual manera subsanar el error padecido en el fallo, que ha de quedar redactado de la forma siguiente:

"-Que debemos condenar y condenamos a los acusados Gabriel y Leandro , como autores responsables de un delito de daños terroristas, previsto y penado en los artículos 263 , 266 1 y 3, en relación con el artículo 560.3 y artículos 574 y 579.2, todo ellos del Código Penal , con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, como muy cualificada, del artículo 21.6 º y 66.1.2º del mismo cuerpo legal , a la pena de tres (3) años y un (1) día de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta por tiempo de nueve años.

Los dos referidos deberán indemnizar a Iberdrola en la suma de 13.669,53? y harán efectivas las costas procesales por mitad".

Notifíquese con arreglo al artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial "

5.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el acusado Gabriel que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

6.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Por vulneración del principio de presunción de inocencia consagrado en el art. 24 de la CE con apoyo procesal en el art. 5.4 de la LOPJ , al haberse condenado sin que exista prueba procesal alguna de cargo que desvirtúe dicha presunción. SEGUNDO.- Al amparo de lo establecido en el art. 5.4 de la LOPJ , por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE , por falta de motivación. TERCERO.- Al amparo de lo establecido en el art. 849.1º de la LECr ., por indebida aplicación del precepto penal de carácter sustantivo y en concreto de los arts. 266.3 y 560.3 del CP .

7.- Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

8.- Hecho el señalamiento ha tenido lugar la vista prevenida el día 26 de noviembre de 2014, con la asistencia del letrado D. Alfonso Zemón Castro en defensa de Gabriel que solicita la estimación del recurso y se dicte sentencia absolviendo a su defendido; el Ministerio Fiscal rafticó su informe.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR . La Sección Cuarta de la Audiencia Nacional condenó, en sentencia dictada el 5 de junio de 2014 , a los acusados Gabriel y Leandro , como autores responsables de un delito de daños terroristas, previsto en los artículos 263 , 266 1 y 3, en relación con el art. 560.3 y los arts. 574 y 579.2, todos ellos del Código Penal , con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, como muy cualificada, de los arts. 21.6 º y 66.1.2º del mismo cuerpo legal , a la pena de tres años y un día de prisión, para cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación absoluta por tiempo de nueve años.

Los dos referidos acusados deberán indemnizar a Iberdrola en la suma de 13.669,53 ? y harán efectivas las costas procesales por mitad.

Los hechos objeto de condena se resumen, a modo de introducción, en que los procesados Gabriel y Leandro , formando ambos parte de la organización terrorista ETA, a mediados del mes de junio de 2003 planificaron la colocación de un artefacto explosivo en la subestación eléctrica "Electra Larrañaga", que gestionaba la empresa Iberdrola, ubicada en la calle Olaburu s/n de la localidad vizcaína de Iurreta, con el fin de constatar si tal artefacto deflagraba y causaba los daños esperados, pues otros que habían colocado con anterioridad en diferentes lugares habían sido desactivados, tratando de averiguar ahora si tal circunstancia fue motivada por algún defecto atribuible a ellos.



En ejecución del plan ideado, en la madrugada del 19 de junio de 2003, sobre las 3 horas, Gabriel y Leandro , actuando de común acuerdo y en compañía de una tercera persona a la que no se juzga, se dirigieron a bordo del vehículo perteneciente al primero, que conducía él mismo, a la mencionada subestación eléctrica. Al llegar allí, se apearon Leandro y el tercero y colocaron el artefacto explosivo junto a la pared externa de la caseta de instrumentos de la subestación, mientras que Gabriel se dirigía al lugar de encuentro que había convenido para recogerlos.

En esta ocasión el artefacto surtió los efectos queridos y explotó a las 4 horas, causando daños en el exterior de la edificación y en los equipos de control de la subestación, que fueron pericialmente valorados en la suma de 10.705,79 euros, si bien la entidad perjudicada los tasó en 13.669,53?. La explosión dejó sin suministro eléctrico a diversas zonas de la localidad de Iurreta y Durango durante varias horas.

El repetido artefacto tenía una ignición eléctrica -pilas alcalinas marca Energizer de 9 vatios- temporizada mediante reloj despertador Casio PQ 10, y al menos un detonador industrial eléctrico, siendo el explosivo utilizado 5 kg. de cloratita, aproximadamente, con una carga de multiplicación de dinamita goma depositada en una olla de acero en el interior de una bolsa de color negro.

Contra la referida condena recurrió en casación la defensa del acusado Gabriel , formalizando tres motivos de impugnación.

PRIMERO . 1. En el **primer motivo** denuncia el recurrente, con sustento procesal en el art. 5.4 de la LOPJ , la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia** (art. 24.2 CE), por estimar que no concurre prueba de cargo que desvirtúe la referida presunción constitucional.

Las alegaciones de la defensa sobre la presunción de inocencia nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 137/2005 , 300/2005 , 328/2006 , 117/2007 , 111/2008 y 25/2011 , entre otras).

Argumenta la defensa que la sentencia recurrida basa la condena del recurrente únicamente en la declaración autoinculpatoria prestada en sede policial, criterio que se opondría a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala. Señala el recurrente que el coacusado Leandro asumió la autoría de los hechos y excluyó la intervención de Gabriel , coincidiendo así con lo que depuso éste en las declaraciones judiciales de la instrucción y en la vista oral del juicio. Dado lo cual, la Sala de instancia optó por validar las declaraciones policiales autoinculpatorias del acusado y obvió las judiciales, contradiciendo así el criterio que este Tribunal ha venido siguiendo a partir del año 2010, merced a la jurisprudencia ya consolidada del Tribunal Constitucional.

2. Pues bien, en lo que respecta a esta clase de declaraciones en dependencias policiales en la fase de instrucción, esta Sala ha recordado recientemente la jurisprudencia constitucional sobre la materia y las consecuencias procesales que genera. Y así, conviene subrayar que el **Tribunal Constitucional** , en la **sentencia 68/2010, de 18 de octubre** , al examinar el valor probatorio de la declaración de un coimputado prestada en sede policial, resume su doctrina precedente sobre la eficacia procesal de las diligencias policiales argumentando que se ha " *condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos que hemos clasificado como:*

a) *Materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral.*

b) *Subjetivos: la **necesaria intervención del Juez de Instrucción** .*

c) *Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido **convocado el Abogado del imputado** , a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo.*

d) *Formales: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim , o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral (SSTC 303/1993, de 25 de octubre ; 153/1997, de 29 de septiembre ; 12/2002, de 28 de enero ; 195/2002, de 28 de octubre ; 187/2003, de 27 de octubre ; 1/2006, de 16 de enero ; y 344/2006, de 11 de diciembre). Como recuerda la citada STC 345/2006 , en aplicación de esta doctrina hemos admitido expresamente en anteriores pronunciamientos "la legitimidad constitucional de las previsiones legales recogidas en los artículos 714 y 730 LECrim , siempre que "el contenido de la diligencia practicada en el*



sumario se reproduzca en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios (STC 2/2002, de 14 de enero), pues de esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción" (SSTC 155/2002, de 22 de julio , y 187/2003, de 27 de septiembre)".

El Tribunal Constitucional advierte a continuación que, no obstante lo anterior, "la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral **no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial** . Al respecto, ya en la STC 31/1981 afirmamos que dicha declaración, al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim , por lo que, **considerado en sí mismo, el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba** , con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (STC 217/1989, de 21 de diciembre ; 303/1993, de 25 de octubre ; 79/1994, de 14 de marzo ; 22/2000, de 14 de febrero ; 188/2002, de 14 de octubre)".

Y después de exceptuar el supuesto de los datos objetivos y verificables que constan en el atestado, como croquis, planos y fotografías, que pueden introducirse en el juicio como prueba documental garantizando de forma efectiva su contradicción, operando así como prueba preconstituida (SSTC 107/1983 ; 303/1993 ; 173/1997 ; 33/2000 ; y 188/2002), el Tribunal subraya en la misma sentencia 68/2010 que tal excepción " no puede alcanzar a los testimonios prestados en sede policial".

A este respecto, refiere que "en la STC 79/1994, ya citada, manifestamos que '**tratándose de las declaraciones efectuadas ante la policía no hay excepción posible** . Este Tribunal ha establecido muy claramente que "las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales" (STC 217/1989). Por consiguiente, '**únicamente las declaraciones realizadas en el acto del juicio o ante el Juez de Instrucción como realización anticipada de la prueba y, consiguientemente, previa la instauración del contradictorio, pueden ser consideradas por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria** ' (FJ 3). La citada doctrina ha sido confirmada por las SSTC 51/1995, de 23 de febrero , y 206/2003, de 1 de diciembre . En tales resoluciones afirmamos que 'a los efectos del derecho a la presunción de inocencia **las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo** ' (STC 51/1995)".

Y en el mismo fundamento de derecho quinto de la sentencia 68/2010 se enfatiza que "las declaraciones prestadas por un coimputado en las dependencias policiales no pueden ser consideradas exponentes ni de prueba anticipada ni de prueba preconstituida, y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revela imposible o difícil... sino **fundamentalmente porque no se efectúan en presencia de la autoridad judicial, único órgano que, por estar institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria** (SSTC 51/1995, FJ 2 ; 206/2003, FJ 2 c). Por otra parte, '**tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los arts. 714 y 730 LECrim , por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto por el que se declara concluida la instrucción, y no en la fase preprocesal**' que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía".

Por último, afirma el Tribunal Constitucional "que, con arreglo a la doctrina expuesta anteriormente, las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 LECrim , **tienen únicamente valor de denuncia** , de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial (SSTC 51/1995, FJ 2 ; 206/2003, FJ 2 d)".

Esta resolución del Tribunal Constitucional ha sido ratificada en su línea argumental en la **sentencia 53/2013 , de 28 de febrero** , del propio Tribunal, en la que se han reiterado los mismos criterios sobre las declaraciones prestadas en comisaría que después no han sido ratificadas en sede judicial. En la sentencia se argumentó incluso que no puede basarse en esa clase de diligencias una condena aunque sean sometidas a contradicción en el plenario y el imputado reconozca que sí las manifestó pero que lo hizo coaccionado por la policía. Y se volvió a insistir en que el atestado "se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba".

Por su parte, **esta Sala de casación** ya recogió en las sentencias **1117/2010, de 7 de diciembre** , **546/2013, de 17 de junio** , y **715/2013, de 27 de septiembre** , la referida doctrina de la sentencia 68/2010 del Tribunal Constitucional. En estas resoluciones se dijo que la declaración policial de un coimputado o de un testigo no ratificada después en la fase judicial de instrucción ni tampoco en la vista oral del juicio no puede operar



como prueba de cargo, pues no cumplimenta los cuatro requisitos que exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para poder valorar las diligencias sumariales en la sentencia como prueba incriminatoria.

Esta Sala señaló que la argumentación de la STC 68/2010 se consideraba razonable y coherente con su doctrina sobre las garantías en el proceso penal, pues en el derecho procesal moderno siempre se ha considerado que la investigación policial es una fase preliminar o preprocesal del auténtico proceso que poco tiene que ver realmente con este. Y es más, incluso se ha asumido que la fase de instrucción no integra el auténtico proceso, sino una preparación del mismo. Igualmente, se ha venido entendiendo sin discrepancias relevantes al respecto que las actuaciones policiales se practican en un marco extraprocesal en el que las garantías del justiciable aparecen constreñidas, por lo que los datos que se obtienen en una investigación policial carecen, salvo excepciones puntuales, de eficacia probatoria.

En efecto, desde la perspectiva garantista que adopta la doctrina del Tribunal Constitucional, se ha fijado una línea fronteriza con importantes connotaciones valorativas entre lo que es el proceso penal y la investigación policial previa. Y es que la implicación de la policía en la investigación y el afán lógicamente inquisitivo con que opera en el ámbito extraprocesal ubica la labor policial lejos de los parámetros propios de la imparcialidad y la objetividad que han de impregnar el auténtico proceso, parámetros que el TC solo atribuye a la autoridad judicial (ver STC 68/2010, *ut supra*).

Deben, por tanto, deslindarse de forma ostensible las diligencias que se practican en el marco de una dependencia policial y aquellas otras que tienen lugar en un juzgado de instrucción. Pues la dosis de constreñimiento y presión ambiental con que se realizan algunas diligencias en un recinto policial poco tienen que ver con las garantías con que se opera en el marco judicial propio del proceso penal. En este sentido, los profesionales que intervienen en el proceso son plenamente conscientes de los matices inquisitivos que albergan las diligencias policiales, ya sea por enfatizar los datos incriminatorios que afloran en la investigación en detrimento de los exculpatorios, ya por intervenir en algunos supuestos de forma activa en el resultado de la investigación a través de sugerencias y matizaciones que resultan incompatibles con las exigencias de objetividad e imparcialidad que requiere una diligencia que pretenda operar con eficacia probatoria en el juicio oral.

Pues bien, que en un contexto inquisitivo de esa índole (SSTC 136/1992 y 142/1997) se reciba una declaración policial a un imputado o a un testigo y, a la postre, esa diligencia acabe operando de forma sustancial como prueba de cargo en un juicio penal, contradice los principios sustanciales del proceso debido.

Así las cosas, no puede extrañar que en la referida sentencia 68/2010 del Tribunal Constitucional se afirme que *"tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los arts. 714 y 730 LECrim, por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto por el que se declara concluida la instrucción, y no en la fase "preprocesal" que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía"*.

Esta Sala ha insistido en diferentes resoluciones, aparte de las ya citadas, en que toda sentencia que construya el juicio fáctico de autoría basándose en una declaración autoincriminatoria o heteroincinatoria prestada en sede policial, se apartará no sólo del significado constitucional del derecho a la presunción de inocencia, sino del concepto mismo de «proceso jurisdiccional», trasmutando lo que son diligencias preprocesales -que preceden al inicio de la verdadera investigación jurisdiccional- en genuinos actos de prueba. La posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial (SSTS 483/2011, de 30-5 ; 234/2012, de 16-3 ; 478/2012, de 29-5 ; 792/2012, de 11-10 ; 220/2013, de 21-3 ; 256/2013, de 6-3 ; 283/2013, de 26-3 ; 546/2013, de 17-6 ; y 421/2014, de 16-5, entre otras).

SEGUNDO.1. La aplicación de la doctrina precedente al **caso concreto** nos lleva a concluir que carece de toda eficacia probatoria la declaración prestada por el acusado recurrente en dependencias policiales. Pues, en primer lugar, no ha sido ratificada en sede judicial en la fase de instrucción y tampoco en la vista oral del juicio, ya que ante el Juez de instrucción se negó a declarar y en la vista oral del juicio negó la autoría de los hechos, al mismo tiempo que explicaba su autoincriminación ante la policía debido a que ésta le forzó a ello. Y desde luego el procedimiento sesgado mediante el que se pretendió que se valorara por el Tribunal de instancia la declaración policial del imputado, reconvirtiendo el atestado en una prueba testifical del funcionario policial que intervino en las diligencias de comisaría, no se considera un procedimiento válido para que operen en el plenario como auténticas pruebas testificales las declaraciones personales obtenidas en las dependencias policiales.

Es claro que carece por tanto de toda virtualidad probatoria la declaración policial del ahora impugnante, según la copiosa doctrina jurisprudencial reseñada *ut supra*. La Sala de instancia, concedora del déficit



de garantías constitucionales de esa clase de diligencias, y omitiendo la jurisprudencia del TC y de esta Sala correspondiente a los últimos tres años, hizo especial hincapié en la motivación de la prueba en las declaraciones prestadas en el juicio por los funcionarios policiales que recibieron declaración al imputado, en concreto el instructor y el secretario de las diligencias, incidiendo en que el ahora recurrente contestó libre y espontáneamente a las preguntas que se le formularon en las dependencias policiales. Sin embargo, tal como tiene advertido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional anteriormente reseñada, esas declaraciones no pueden ser objeto de debate en la vista oral del juicio por ninguna de las vías que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De modo que no son válidas como prueba de cargo ni siquiera en los supuestos en que el acusado admite que las ha prestado pero no las ratifica (STC 53/2013, de 28-2). Lo cual significa, evidentemente, que resulta irrelevante que los agentes policiales afirmen en el juicio que sí las prestó, pues ya lo digan éstos o el propio acusado (sin ratificarlas después) la ineficacia probatoria es la misma.

Por lo demás, al establecer el art. 297 de la LECr . que las declaraciones que se contienen en el atestado se considerarán meras denuncias a los efectos legales y que los agentes solo han de referirse a hechos de conocimiento propio, resulta diáfano que no debieron admitirse como prueba de cargo unas manifestaciones que no se referían al hecho delictivo en sí sino a la autenticación de una declaración policial que carecía de eficacia probatoria, dando con ello a entender el Tribunal sentenciador que se está ante un testimonio de referencia, cuando lo cierto es que se hallaba presente en el juicio el medio personal de prueba genuino, circunstancia que excluía la posibilidad del testimonio referencial.

2. Así las cosas, ha de sopesarse ahora si la auténtica **prueba de cargo** que consta en la causa, y no un mero atestado policial, tiene eficacia incriminatoria suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado.

Pues bien, la lectura del fundamento segundo de la sentencia recurrida constata que no se reseña ningún otro dato probatorio que inculpe al acusado. El Tribunal especifica que el recurrente no contestó a las preguntas de la acusación pública, respondiendo a las de su letrado que nunca participó directa o indirectamente en ninguna acción realizada por miembros de ETA, y que jamás ha poseído un arma ni conoce cómo se confecciona o maneja un artefacto explosivo.

En el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal en que se opone al recurso tampoco se especifica ningún dato relevante que permita inferir la autoría del acusado. El Ministerio Fiscal hace especial referencia como elemento probatorio complementario de la declaración policial a que dos meses y medio después de la colocación del artefacto explosivo en la empresa "Electra Larrañaga", la policía procedió a dismantelar el "Comando Vizcaya", del que formaba parte el recurrente, constando como infraestructura un piso y una lonja garaje que habían sido alquilados por él. En el registro de ese local se ocuparon diversas armas y sustancias explosivas, así como una hoja con anotaciones manuscritas que había sido redactada por el coacusado Leandro , en la que se hacía referencia al explosivo empleado en los hechos que ahora nos ocupan. Sin embargo, y tal como se recoge en la sentencia ahora impugnada, por el hecho de su pertenencia al referido comando y por la tenencia de explosivos ya fue condenado en sentencia de 27 de diciembre el recurrente, y así lo afirma también el Ministerio Fiscal en sus alegaciones.

La acusación pública sostiene en su escrito de apoyo a la sentencia condenatoria recurrida que el hecho de que el explosivo estuviera en su día en el local que alquiló el acusado es un indicio relevante para inferir su intervención como coautor en su colocación y activación en la empresa "Electra Larrañaga". Sin embargo, lo cierto es que nos hallamos ante un hecho indiciario de una notable precariedad incriminatoria al carecer del índice de conclusividad e inequívocidad necesario para verificar la hipótesis fáctica que sustentan la acusación sobre la autoría del recurrente.

A este respecto, es importante resaltar, tal como dijimos en otros precedentes de esta Sala (SSTS 208/2012, de 16-3 ; y 531/2013, de 5-6), que si bien cualquier hecho indiciario deja siempre abierta cierta holgura propiciatoria de alguna contrahipótesis alternativa favorable a la defensa, lo relevante y decisivo es que esa holgura no presente una plausibilidad ni un grado de verificabilidad que ponga en cuestión la probabilidad que apuntan los hechos indiciarios a favor de la hipótesis acusatoria. En otras palabras y dicho gráficamente, que una pequeña fisura no se convierta en una importante grieta. Y en este caso ha de entenderse que sí se perciben llamativas fracturas en la estructura racional sobre la que se sustenta la hipótesis fáctica acusatoria, una vez que se descarta la validez de su autoincriminación en dependencias policiales.

Es cierto que todo juicio de inferencia deja un espacio de apertura hacia alguna otra hipótesis, espacio que desde luego no tiene por qué desbaratar necesariamente la consistencia sustancial del razonamiento inferencial convirtiéndolo en inconsistente o poco probable. Lo que se requiere es que esa posibilidad alternativa sea nimia o exigua en comparación con el grado de probabilidad incriminatoria que traslucen los datos indiciarios inculpatorios.



En este caso el juicio de inferencia que hace el Ministerio Fiscal no permite que fluya con naturalidad la conclusión fáctica incriminatoria que se pretende acreditar, al no cumplimentarse los " cánones de la lógica o cohesión" y de la "suficiencia o concludencia" que exige la jurisprudencia del supremo intérprete de la Constitución (STC 155/2002 , reiterado en SSTC 300/2005 y 123/2006) .

El Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado que no es razonable la inferencia cuando sea *excesivamente abierta, débil o imprecisa* , y que se vulnera el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal *pluralidad de conclusiones alternativas* que ninguna de ellas pueda darse por probada (STC 229/2003 , 196/2007 , 111/2008 , 108/2009 , 109/2009 , 70/2010 y 126/2011) .

Pues bien, del hecho de que el acusado fuera la persona que alquiló el local donde en su día estuvo la sustancia explosiva que fue empleada en los daños causados en la empresa denunciante no cabe inferir la autoría del ahora recurrente en la colocación del artefacto. Pues se está operando con un indicio que propicia inferencias con resultados imprecisos, excesivamente abiertos y débiles en lo que se refiere a su grado de conclusividad. Por lo cual, permanece una duda razonable que impide acoger como probada la hipótesis acusatoria dado el precario grado de plausibilidad y razonabilidad que presenta su base argumental.

Las máximas de experiencia nos dicen que en no pocas ocasiones el terrorista que se encarga del almacenaje y de la custodia de los explosivos no es el que después los utiliza en un atentado. Se está ante dos modalidades de comportamiento que no van ineluctablemente unidas, concurriendo en la práctica un índice de casos de desvinculación entre ambas conductas que genera un amplio margen de incertidumbre sobre la conclusión inferencial que obtiene la acusación pública. Conclusión que no puede plasmarse en la sentencia una vez que se excluye la autoincriminación en sede policial.

Se está, por consiguiente, ante la aplicación de una máxima de experiencia con un grado de eficacia probatoria de una consistencia insuficiente en el caso concreto, ya que presenta las connotaciones de una generalización empírica excesivamente especulativa y que opera de forma inconcluyente sobre el hecho indiciable que se pretende probar.

La circunstancia de que el acusado fuera el depositario de los explosivos que se utilizaron para ocasionar los daños en la central eléctrica deja abierto un espectro de posibilidades que ponen de relieve cierta debilidad y fragilidad en el razonamiento inferencial de la Sala de la Audiencia Nacional, generando así márgenes de incertidumbre que no permiten dar el paso firme desde el hecho indiciario hasta el hecho-consecuencia que integra la autoría del acusado. Digamos, pues, que los interrogantes y las incógnitas no resultan desplazadas o superadas por auténticas certezas.

En virtud de todo lo argumentado, ha de concluirse que la condena del recurrente vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia y que, por tanto, el fallo condenatorio ha de dejarse sin efecto en la segunda sentencia a dictar por esta Sala.

TERCERO. En consonancia con lo que antecede, se estima el recurso de casación, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr .)

III. FALLO

ESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de norma constitucional interpuesto por la representación de Gabriel contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de 5 de junio de 2014 , que condenó al recurrente como autor de un delito de daños terroristas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, sentencia que queda así anulada, con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Manuel Marchena Gomez Jose Manuel Maza Martin Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Perfecto Andres Ibañez**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Diciembre de dos mil catorce.

En la causa sumario nº 6/13, del Juzgado Central de instrucción número 4, seguida por un delito de daños terroristas, contra Gabriel , nacido en Galdácano (Viscaya) el NUM002 de 1974, hijo de Armando y de Regina , con DNI NUM003 y otro, la Audiencia Nacional **Sala de lo Penal** Sección Cuarta, dictó en el Rollo de Sala



11/13 **sentencia** en fecha 5 de junio de 2014 , que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

No se aceptan y dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia dictada en la instancia en lo que respecta a Gabriel , al no haberse acreditado su intervención en los mismos.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A tenor de lo que se argumenta en la sentencia de casación, procede absolver al recurrente del delito de daños terroristas que se le imputa, por no haberse probado su intervención en los hechos objeto de la condena, declarándose de oficio la mitad de las costas procesales generadas ante la Audiencia Nacional.

III. FALLO

Absolvemos al acusado Gabriel del delito de **daños terroristas** que se le imputa, así como de toda responsabilidad civil, declarándose de oficio la mitad de las costas generadas ante la Audiencia Nacional.

Se dejan sin efecto las medidas cautelares personales y reales adoptadas con respecto al mismo en el curso de la causa.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Manuel Marchena Gomez Jose Manuel Maza Martin Luciano Varela Castro** Alberto Jorge Barreiro Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.